

INDICE SOMMARIO DEL QUINTO VOLUME

<i>Presentazione</i>	V
<i>Piano dell'opera</i>	XIX
<i>Autori del quinto volume</i>	XXV
<i>Abbreviazioni</i>	XLV

Parte XIII

CONCESSIONI DI LAVORI E SERVIZI

Capitolo 106

PROFILI GENERALI

(Guido Greco)

1. I principali problemi che la direttiva 2014/23/UE poneva al legislatore nazionale in sede di attuazione	3
2. L'attuazione della direttiva col nuovo codice: il "rischio operativo" e la struttura della concessione	8
3. <i>Segue</i> : convergenze e divergenze di disciplina tra appalti e concessioni	12
4. <i>Segue</i> : differenze di regime tra appalti e concessioni	17

Capitolo 107

CONCESSIONI E SERVIZI DI INTERESSE ECONOMICO GENERALE

(Dario Simeoli)

1. La concessione tra destrutturazione e rinnovamento del diritto amministrativo	27
2. La parabola concettuale e normativa: dalla "delega di funzioni" al "partenariato".	30
3. Il coordinamento con la disciplina dei servizi pubblici	36
4. Il contratto di concessione: operazione economica e schema legale	40
5. Rischio operativo, compensazioni e aiuti di Stato	44
6. Servizi a rete, monopoli naturali e regolazione efficiente	48
7. Contratto di concessione tra autonomia privata e regolazione	50

Capitolo 108**SOGLIE**

(Aristide Police)

- | | |
|--|----|
| 1. Inquadramento | 53 |
| 2. Il metodo di calcolo del valore stimato delle concessioni | 55 |

Capitolo 109**CONCESSIONI MISTE**

(Gabriele Carlotti)

- | | |
|--|----|
| 1. Cenni di carattere generale. Rinvio | 61 |
| 2. La precedente disciplina delle concessioni miste | 62 |
| 3. Ricognizione delle fonti | 66 |
| 4. Le concessioni miste nella direttiva 2014/23/UE | 66 |
| 5. La disciplina delle concessioni miste nel nuovo codice: gli artt. 28 e 169 del d.lgs. n. 50 del 2016. Le modifiche apportate dal “correttivo” | 71 |

Capitolo 110**PROCEDURE DI AFFIDAMENTO E REQUISITI DEGLI OPERATORI**

(Franco Pellizzer)

- | | |
|---|-----|
| 1. L'impostazione sostanziale delle concessioni di lavori e di servizi e i riflessi sugli aspetti procedurali di affidamento. Flessibilità regolatoria e suoi limiti . . . | 79 |
| 2. La disciplina delle procedure di affidamento delle concessioni tra “principio di libera amministrazione”, autosufficienza e immanenza delle regole sugli appalti. | 92 |
| 2.1. <i>Segue:</i> principi generali procedurali e ruolo delle amministrazioni concedenti | 94 |
| 2.2. <i>Segue:</i> previsioni sostanziali sulle concessioni e procedure di aggiudicazione | 97 |
| 3. Le “garanzie procedurali” | 101 |
| 3.1. <i>Segue:</i> il c.d. “principio di libera amministrazione” | 102 |
| 3.2. <i>Segue:</i> procedure e livelli di progettazione | 108 |
| 3.3. <i>Segue:</i> il sistema di garanzie nella regolazione della procedura: caratteristiche della concessione, requisiti, condizioni di partecipazione e criteri di aggiudicazione | 115 |

Capitolo 111**ESECUZIONE**

Sezione I

Modifica dei contratti durante il periodo di efficacia

(Francesco Sciaudone)

- | | |
|---|-----|
| 1. L'esigenza di introdurre una specifica regolamentazione del fenomeno | 125 |
| 2. Le diverse ipotesi di modifiche in corso di esecuzione | 126 |

2.1.	Clausole di revisione	126
2.2.	Lavori o servizi supplementari	128
2.3.	Sopravvenute circostanze imprevedibili	129
2.4.	Successione di un nuovo operatore	130
2.5.	Modifiche non sostanziali	131
2.6.	Modifiche <i>de minimis</i>	133

Sezione II

Cessazione, revoca d'ufficio, risoluzione per inadempimento e subentro

(Maria Alessandra Sandulli, Anna Maria Giampaolino e Francesca Goggiamani)

1.	Cessazione e revoca d'ufficio nei contratti di concessione	135
2.	Risoluzione	138
3.	Le conseguenze patrimoniali ed il subentro	140

Capitolo 112

AFFIDAMENTI DEI CONCESSIONARI

(Elena Quadri)

1.	Premessa	147
2.	Il criterio della legge delega e il testo della norma scaturito in sede di attuazione	148
3.	La <i>ratio</i> della disposizione normativa: l'esternalizzazione e le clausole sociali	150
4.	Le modalità di affidamento della quota residuale del 20 per cento: società <i>in house</i> , società controllate, società collegate e procedure ad evidenza pubblica	155
5.	Il potere di verifica del concedente e dell'ANAC	160

Capitolo 113

CONCESSIONI AUTOSTRADALI

(Lorenzo Saltari e Alessandro Tonetti)

1.	Il regime giuridico delle autostrade: un modello plurale	163
2.	Le origini, le trasformazioni e la natura dell'affidamento in concessione	164
3.	Fonti e soggetti della disciplina giuridica generale	168
4.	L'oggetto del rapporto concessorio: l'individuazione delle opere	171
5.	Le parti del rapporto	173
5.1.	L'amministrazione concedente e gli altri organi di un procedimento amministrativo complesso	175
5.2.	La scelta dei concessionari	179
5.2.1.	L'individuazione dei soggetti esterni alla sfera pubblica	179
5.2.2.	Concessionari <i>in house</i> o enti pubblici nella cooperazione inter-istituzionale	181
6.	Atti e momenti del rapporto concessorio	183
6.1.	La costituzione del rapporto: la concessione e la convenzione	183
6.2.	La gestione del rapporto: l'adeguamento annuale dei pedaggi	185

6.3.	Le modificazioni del rapporto: gli atti aggiuntivi e gli aggiornamenti alla convenzione	187
6.4.	L'estinzione del rapporto e la gestione del subentro	189
6.5.	I controlli dell'amministrazione concedente	192
7.	La patologia del rapporto: le peculiarità nella tutela giurisdizionale	195
8.	Concessioni autostradali tra pubblico e privato	197
9.	I limiti e le prospettive del "sistema Italia" per le autostrade	200

Parte XIV

PARTENARIATO PUBBLICO PRIVATO CONTRATTUALE, FINANZA DI PROGETTO, INFRASTRUTTURE STRATEGICHE E CONTRAENTE GENERALE

Capitolo 114

PPPC: MODELLO GENERALE

(Claudio Contessa)

1.	I caratteri di fondo del fenomeno del PPP nell'esperienza nazionale ed europea.	207
2.	Il tema del PPP nella sua genesi eurounitaria	211
3.	I primi tentativi di un'autonoma disciplina nazionale del fenomeno	216
4.	Le novità del "pacchetto" appalti/concessioni del 2014 e le ricadute sulle scelte del legislatore nazionale	217
5.	Le previsioni della legge delega n. 11 del 2016	218
6.	Dalla legge delega al nuovo codice: il tentativo di riconduzione a sistema delle diverse figure	219
7.	La particolare disciplina del rischio e degli aspetti economici connessi alla gestione	221
8.	Criteri e modalità per la scelta del modello e per la selezione del <i>partner</i>	225

Capitolo 115

FINANZA DI PROGETTO

(Carlo Malinconico)

1.	Il <i>project financing</i> : origine e finalità dell'istituto	230
2.	Il contratto di partenariato pubblico privato. Il trasferimento del rischio operativo	231
3.	L'evoluzione dell'istituto del <i>project financing</i>	232
4.	Natura giuridica. Caratteristica e differenza da istituti simili. Il rinvio alla disciplina dei contratti di concessione, in quanto compatibile	234
4.1.	Il <i>project financing</i> come contratto "misto"	234
4.2.	La soluzione del nuovo codice	235
4.3.	Normativa applicabile al <i>project financing</i>	237
4.4.	Le Linee guida dell'ANAC	238
4.5.	Il tratto essenziale del <i>project financing</i> : il trasferimento del rischio	239
4.6.	L'attenzione per le clausole che escludono il trasferimento del rischio	240
4.7.	Altri rischi e loro valutazione	241

4.8.	La matrice dei rischi	242
4.9.	Il piano economico-finanziario (PEF)	244
5.	Ambito oggettivo	245
6.	Ambito soggettivo: il promotore e i suoi requisiti	246
6.1.	Promotore “monofase”	246
6.2.	Promotore “additivo”	246
7.	Il coordinamento con la programmazione e la pianificazione	248
7.1.	Il coordinamento nel caso del promotore monofase e ad iniziativa pubblica	249
7.2.	Il coordinamento nel caso del promotore additivo	249
8.	La modalità di realizzazione: la concessione di lavori pubblici	250
9.	L’affidamento. Il promotore monofase	251
9.1.	La gara	252
9.2.	I soggetti ammessi	252
9.3.	Le offerte dei concorrenti, il piano economico-finanziario, l’asseverazione bancaria e la bozza di convenzione	252
9.4.	La fase di valutazione delle offerte e di nomina del promotore	256
9.5.	Il sub-procedimento di approvazione del progetto definitivo e l’aggiudicazione	257
10.	Il procedimento in caso di promotore “additivo”	258
10.1.	I soggetti ammessi. La proposta congiunta	258
10.2.	I fase: la proposta del proponente “additivo”. Il progetto di fattibilità e il piano economico-finanziario	259
10.3.	La valutazione della proposta e l’inserimento nella programmazione. Discrezionalità dell’amministrazione	259
10.4.	L’approvazione del progetto	260
10.5.	II fase: la gara per l’aggiudicazione del <i>project financing</i> . Il bando e il disciplinare	262
10.6.	I soggetti ammessi alla gara	263
10.7.	Le offerte	263
10.8.	La valutazione delle offerte e l’aggiudicazione. Il diritto di prelazione del promotore	263
11.	Responsabilità precontrattuale dell’amministrazione nel caso di mancata conclusione del procedimento di <i>project financing</i>	264
12.	Bancabilità	265
13.	Il contratto	265
14.	L’esecuzione del contratto	267
14.1.	Il flusso informativo per il monitoraggio dei rischi e il resoconto economico-gestionale	267
14.2.	Le modifiche contrattuali: <i>ius variandi</i> dell’amministrazione e cause di forza maggiore che modificano l’equilibrio economico-finanziario. La revisione del rapporto concessorio e il recesso del concessionario	268
14.3.	Il principio del mantenimento dell’allocazione dei rischi. La revisione con onere a carico dell’operatore economico	268
14.4.	La revisione con onere a carico dell’amministrazione aggiudicatrice. Gli eventi di forza maggiore	269
15.	La cessazione anticipata del rapporto concessorio	269
15.1.	Revoca e risoluzione per inadempimento del concedente	269

15.2.	I diritti del concessionario in caso di revoca o risoluzione per inadempimento del concedente	270
15.3.	La destinazione delle somme dovute dal concedente al concessionario	270
15.4.	Il subentro	271
16.	La società di progetto. Definizione, requisiti e subentro all'aggiudicatario	271
16.1.	Natura e regime dei lavori eseguiti dalla società e dai soci	272
16.2.	La cessione delle quote della società e le garanzie del concedente	272
16.3.	Obblighi in caso di pagamenti in corso d'opera	273
17.	Il finanziamento del <i>project financing</i> : l'emissione di obbligazioni da parte della società di progetto	274
17.1.	Ambito oggettivo e soggettivo	274
17.2.	L'emissione e circolazione dei titoli	274
17.3.	Garanzie dei titoli	275
18.	Il privilegio	275
18.1.	Nozione ed oggetto	275
18.2.	Pubblicità e opponibilità ai terzi	275

Capitolo 116

PPPC TIPIZZATI

Sezione I

Locazione finanziaria

(Fabio Cintioli)

1.	Introduzione	279
2.	Lo schema contrattuale e la sua funzionalità	280
3.	Il problema della atipicità rispetto ai contratti della p.a.	281
4.	Il pericolo di elusione degli obblighi di selezione del contraente mediante gara e le risposte	283
5.	L'unificazione delle due prestazioni del locatore e del fornitore/esecutore in una prestazione unitaria	284
6.	Sul diritto di opzione	285
7.	L'accostamento all'appalto e il regime giuridico di segno "pubblicistico" della locazione finanziaria come contratto della p.a.	287

Sezione II

Gli altri PPPC tipizzati

(Claudio Contessa)

1.	Le forme di PPP contrattuale fra esigenze di tipizzazione e fuga dalla tipicità	291
2.	Il contratto di disponibilità fra vecchio e nuovo: la particolare configurazione del rischio e le ricadute in termini di contabilità pubblica	293
3.	Interventi di sussidiarietà orizzontale, baratto amministrativo e cessione di immobili in cambio di opere: la controversa riconducibilità alla nozione di PPP	296

Capitolo 117**INFRASTRUTTURE STRATEGICHE E CONTRAENTE GENERALE**

Sezione I

Profili generali

(Giuseppe Morbidelli)

1.	Cenni sulla nuova disciplina in materia di programmazione delle infrastrutture strategiche	299
2.	Il piano generale dei trasporti e della logistica e il documento pluriennale di pianificazione	300
3.	La <i>project review</i>	301
4.	Il ruolo del Ministero	303
5.	Le “opere strategiche”	303

Sezione II

Programmazione e progettazione

(Enzo Cardì, Simone Abrate e Angelica Cardì)

1.	Le infrastrutture strategiche nella legge obiettivo e nel codice del 2006	305
1.1.	Il ruolo delle reti nell’ordinamento nazionale (cenni)	305
1.2.	Dalla rete all’infrastruttura (cenni)	307
1.3.	Le infrastrutture strategiche nella legge obiettivo e nel codice del 2006 (cenni)	311
1.4.	Il codice del 2006: la programmazione (cenni)	313
1.5.	Il codice del 2006: la progettazione (cenni)	315
2.	La programmazione e la progettazione nel codice del 2016	316
2.1.	Il superamento della legge obiettivo nella l. n. 11 del 2016	316
2.2.	La programmazione delle infrastrutture prioritarie	323
2.3.	Il finanziamento delle infrastrutture prioritarie	329
2.4.	Il coordinamento con il d.P.R. n. 194 del 2016: le c.d. <i>fast track procedures</i>	331
2.5.	I commissari straordinari per le infrastrutture di interesse strategico	334
3.	La società pubblica di progetto	335
3.1.	La disciplina: “società di progetto” e “società pubblica di progetto”	337
4.	Il regime transitorio	340

Sezione III

Affidamento a contraente generale

(Carlo Emanuele Gallo e Sergio Foà)

1.	Il contraente generale nel nuovo codice dei contratti pubblici	345
2.	L’evoluzione normativa e le origini dell’istituto	348
3.	La ragione giustificatrice dell’istituto	350
4.	La qualificazione del rapporto tra committente e contraente generale	353
5.	La regolamentazione specifica dell’affidamento al contraente generale	356
5.1.	Le procedure di aggiudicazione del contratto al contraente generale	356
5.2.	Il contenuto della prestazione del contraente generale	358
5.3.	L’esecuzione del contratto	363
5.4.	Il pagamento del compenso al contraente generale	365
5.5.	La disciplina transitoria	367

6.	La qualificazione del contraente generale. Premessa	368
7.	Il sistema di qualificazione del contraente generale nel codice previgente	368
8.	Il sistema di qualificazione nel d.lgs. n. 50 del 2016: il superamento del c.d. “doppio binario”	369
9.	Il sistema di qualificazione nel d.lgs. “correttivo” n. 56 del 2017	372
10.	Il difetto di coordinamento normativo sulle fonti di regolazione: il quesito di ANAC e la risposta del Consiglio di Stato	373
11.	Le consultazioni dell’ANAC, la proposta al Ministero e il perdurante regime transitorio	375
12.	La disciplina del regime transitorio (artt. 97-104 del d.P.R. n. 207 del 2010)	376
13.	La proposta di ANAC: da “atto predeterminativo” di decreto ministeriale a possibile modello per uniformare il sistema (unico) di qualificazione	380

Sezione IV

VIA e VAS

(Rosario Ferrara e Alberta Milone)

1.	Premessa	385
2.	VIA e VAS: caratteristiche e principi ispiratori	386
3.	Cenni all’evoluzione della normativa in materia di VAS	390
3.1.	Piani e programmi sottoposti a VAS. Gli strumenti di pianificazione e programmazione degli interventi prioritari	391
3.2.	La verifica di assoggettabilità a VAS. Le modifiche dei piani e dei programmi	394
3.3.	Autorità competente	395
3.4.	Il procedimento di VAS	398
3.5.	Natura della VAS	400
3.6.	Rapporti tra VIA e VAS	402
4.	Cenni all’evoluzione normativa in materia di VIA	403
4.1.	Principali novità introdotte dal d.lgs. n. 104 del 2017	406
4.2.	La valutazione di impatto ambientale in base al d.lgs. n. 152 del 2006, mod. dal d.lgs. n. 104 del 2017. Progetti di nuova realizzazione e modifiche sostanziali	407
4.3.	La definizione del contenuto dello studio di impatto (c.d. <i>scoping</i>). La verifica di assoggettabilità a VIA (c.d. <i>screening</i>)	410
4.4.	Il procedimento di VIA	411
4.5.	L’oggetto della VIA. Rapporti con strumenti di programmazione	416
4.6.	La natura della VIA come giudizio tecnico discrezionale	418
4.7.	Il sindacato giurisdizionale	421
4.8.	Monitoraggio e sanzioni	423
4.9.	Norme transitorie	426
5.	La VIA delle opere strategiche	426
5.1.	Il procedimento di VIA c.d. speciale	426
5.2.	Progetto preliminare. Opere connesse	427
5.3.	La partecipazione al procedimento	429
5.4.	Conclusioni	430

Parte XV**PRECONTENZIOSO E CONTENZIOSO****Capitolo 118****ACCORDO BONARIO**

(Giulio Veltri)

1. Inquadramento sistematico e profili storici	439
2. Criticità applicative ed esegetiche emerse sotto il vigore della vecchia normativa.	440
3. Le previsioni innovative del nuovo codice dei contratti pubblici	444
4. Ambito di applicazione della nuova disciplina	444
5. Presupposti oggettivi dell'accordo bonario e limitazioni	444
6. Il procedimento: il ruolo del direttore dell'esecuzione	447
7. L'attività istruttoria svolta dal RUP o dall'esperto	448
8. La proposta di accordo	449
9. La natura dell'accordo	451
10. L'azione giurisdizionale: procedibilità e limitazioni	451

Capitolo 119**TRANSAZIONE**

(Francesca Ottavi)

1. Premesse: la transazione nel quadro normativo antecedente al nuovo codice dei contratti pubblici	453
2. La normativa europea	455
3. La legge delega n. 11 del 2016	456
4. Il d.lgs. n. 50 del 2016: la conferma della possibilità di ricorso alla transazione anche nel nuovo codice dei contratti. Le modifiche introdotte dal decreto correttivo n. 56 del 2017	457
5. La disciplina transitoria	459
6. I caratteri essenziali della transazione civilistica	460
6.1. La disponibilità dei diritti oggetto della transazione da parte dei contraenti	460
6.2. La sussistenza di una <i>res litigiosa</i> e di una <i>res dubia</i> ; la reciprocità delle concessioni	461
7. La nullità e l'annullabilità della transazione	463
8. Le peculiarità della transazione stipulata dalla pubblica amministrazione <i>ex art.</i> 208 del codice dei contratti	465
8.1. L'indispensabilità della motivazione	465
8.2. La formazione della volontà della stazione appaltante: il procedimento, i pareri obbligatori, l'iniziativa	466
8.3. La forma del contratto transattivo	468
9. I poteri di autotutela della stazione appaltante	468
10. I limiti alla rinegoziazione del contratto attraverso la transazione	469
11. La transazione e i motivi di esclusione del concorrente dalla gara	471
12. La giurisdizione sulle controversie nascenti dalle transazioni	472

13. Il collegio consultivo tecnico	473
14. Considerazioni conclusive: l'effettività del ricorso al negozio transattivo per la risoluzione delle controversie relative ai contratti pubblici	474

Capitolo 120

ARBITRATO

(Marco Corsini)

1. La lunga storia dell'arbitrato nei contratti pubblici: evoluzione normativa e giurisprudenziale	477
2. Profili generali della nuova disciplina	483
3. Il "favor" legislativo per l'arbitrato amministrato: profili di legittimità e opportunità	488
4. Compiti e funzioni della Camera arbitrale per i contratti pubblici	490
5. Il procedimento camerale e le sue particolarità	495
6. La scelta degli arbitri tra nullità e ricsuazione	501

Capitolo 121

PARERE PRECONTENZIOSO DELL'ANAC

(Rosanna De Nictolis)

1. Una ipotesi di a.d.r.. Natura giuridica. Evoluzione della normativa e ricognizione delle fonti	507
2. L'ambito oggettivo e soggettivo	510
3. L'iniziativa di una o più delle parti	515
4. I termini. Rinvio	516
5. Il parere vincolante dell'ANAC. Il residuo spazio per un parere non vincolante.	516
6. L'onerosità del servizio	517
7. La giustiziabilità del parere	518
8. Precontenzioso davanti all'ANAC e disciplina transitoria	521
9. Il procedimento secondo il regolamento dell'ANAC	521
9.1. Istanza singola e istanza congiunta	521
9.2. La forma e il contenuto dell'istanza	522
9.3. Le modalità di trasmissione dell'istanza	523
9.4. Condizioni di ammissibilità e procedibilità dell'istanza	523
9.5. Ordine di priorità nella trattazione delle istanze	524
9.6. Competenze del Consiglio dell'ANAC, del consigliere relatore, dell'Ufficio per il precontenzioso	525
9.7. La fase di filtro iniziale, l'avvio dell'istruttoria	525
9.8. La partecipazione delle parti all'istruttoria: fase scritta e audizione	526
9.9. La conclusione del procedimento. I termini. Il parere con procedura semplificata	526
9.10. La comunicazione e la pubblicità informatica delle deliberazioni dell'ANAC rese in sede di precontenzioso	528
9.11. Adeguamento al parere	529

10. Rapporto tra il parere sul precontenzioso e il potere di impugnazione. Rapporto tra il parere sul precontenzioso e il procedimento di vigilanza	530
11. Disciplina transitoria	531

Capitolo 122

LEGITTIMAZIONE AD IMPUGNARE DELL'ANAC

(Sabrina Tranquilli)

1. Premessa: l' <i>iter</i> normativo. L'eliminazione del potere di "raccomandazione vincolante" e l'introduzione della legittimazione a ricorrere dell'ANAC	533
2. Inquadramento sistematico	541
2.1. Le "direttive ricorsi" e la facoltà per gli Stati membri dell'UE di attribuire la legittimazione a ricorrere per contestare le violazioni delle norme in materia di contratti pubblici anche alle amministrazioni aggiudicatrici	541
2.2. Il "meccanismo correttore" previsto dalle "direttive ricorsi" nell'ambito dei poteri di vigilanza della Commissione europea nel settore dei contratti pubblici	546
2.3. La scelta di alcuni Stati membri dell'UE di attribuire il "controllo" nel settore dei contratti pubblici ad un'Autorità amministrativa indipendente e l'attuazione del <i>considerando</i> 122 della direttiva 2014/24/UE	547
2.4. I poteri di impugnazione dell'ANAC nel quadro complessivo delle funzioni dell'Autorità	549
2.5. La legittimazione a ricorrere dell'ANAC nel sistema dei poteri di ricorso delle pubbliche amministrazioni	552
2.5.1. <i>Segue</i> : l'attribuzione di poteri di ricorso alle Autorità amministrative indipendenti	555
3. Inquadramento teorico	556
3.1. La legittimazione a ricorrere "straordinaria" della pubblica amministrazione come riflesso della frammentazione del potere amministrativo	556
3.2. I poteri attribuiti dall'art. 211, co. 1- <i>bis</i> e 1- <i>ter</i> , del codice quale "precipitato" dell'esercizio della funzione di vigilanza dell'ANAC nel settore dei contratti pubblici	558
3.3. L'esercizio dei poteri di cui ai co. 1- <i>bis</i> e 1- <i>ter</i> nell'interesse della legge e la funzionalizzazione dell'azione	560
4. Analisi normativa	564
4.1. Le due possibili interpretazioni dei co. 1- <i>bis</i> e 1- <i>ter</i> dell'art. 211 del codice. La prevalenza della loro lettura "disgiunta"	564
4.2. Il regolamento emanato dall'ANAC	566
4.3. I parametri normativi per l'esercizio dei poteri di cui ai co. 1- <i>bis</i> e 1- <i>ter</i>	567
4.4. Le gravi violazioni del codice dei contratti (co. 1- <i>ter</i>)	568
4.5. L'impugnazione diretta degli atti relativi a contratti di "rilevante impatto" (co. 1- <i>bis</i>)	569
4.6. Gli atti impugnabili (co. 1- <i>bis</i> e 1- <i>ter</i>)	570
4.7. Il "dialogo" con la stazione appaltante e l'emanazione del parere motivato (co. 1- <i>ter</i>)	572
4.8. La qualificazione del parere motivato come "diffida" o "istanza di autotutela" rivolta alla stazione appaltante (co. 1- <i>ter</i>)	574
4.9. L'esercizio dell'azione giurisdizionale e l'oggetto del giudizio (co. 1- <i>ter</i>)	576
4.10. L'impulso all'esercizio dei poteri di cui ai co. 1- <i>bis</i> e 1- <i>ter</i> e l'ordine di priorità per la valutazione delle "notizie"	578

4.11.	L'archiviazione del procedimento e la contestazione della mancata emanazione del parere e del mancato esercizio dell'azione giurisdizionale	579
4.12.	Il rapporto con il procedimento "precontenzioso"	582
4.13.	Possibili sovrapposizioni con l'esercizio da parte dell'AGCM dei poteri di cui all'art. 21- <i>bis</i> della l. n. 287 del 1990	583
5.	Prassi. Lo scarso utilizzo dei poteri di cui ai co. 1- <i>bis</i> e 1- <i>ter</i> dell'art. 211 del codice da parte dell'ANAC	584

Capitolo 123

GIURISDIZIONE

(Marco Lipari)

1.	Premessa introduttiva. Il sistema del riparto di giurisdizione dopo il codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50 del 2016). La conferma dell'impostazione generale recepita dal codice del processo amministrativo (c.p.a.): il criterio ordinario e la giurisdizione esclusiva amministrativa per le sole controversie relative alla fase di affidamento	592
2.	Il criterio di riparto stabilito dall'art. 133, co. 1, lett. <i>e</i>), n. 1, c.p.a.: la "materia" del procedimento di evidenza pubblica; la stipulazione del contratto come spartiacque tra la giurisdizione amministrativa e quella ordinaria	602
3.	La nozione ampia di procedura di affidamento soggetta all'evidenza pubblica. L'estensione alla selezione del contraente svolta attraverso le indagini di mercato.	607
4.	Le procedure di affidamento secondo il modello dell' <i>in house providing</i> e la giurisdizione amministrativa	609
5.	L'assoggettamento imperativo alle regole dell'evidenza pubblica. La necessità di una normativa primaria e l'irrilevanza dell'autovincolo stabilito dalla stessa stazione appaltante	610
6.	La tendenziale coincidenza tra l'ambito sostanziale di applicazione del codice dei contratti pubblici, la giurisdizione esclusiva di cui all'art. 133 c.p.a. e il rito speciale di cui agli artt. 119 e 120 c.p.a.. Le carenze di coordinamento formale e i dubbi residui. L'ambito applicativo del rito speciale in materia di contratti pubblici: un nuovo perimetro soggettivo e oggettivo?	612
7.	La giurisdizione amministrativa esclusiva: i contratti relativi a lavori, servizi e forniture. L'inapplicabilità delle regole sulla giurisdizione esclusiva ai contratti attivi.	616
8.	Il criterio di riparto nelle procedure di affidamento dei servizi pubblici e delle concessioni. La linea di confine della giurisdizione esclusiva costituita dalla stipulazione del contratto. L'equiparazione tra concessione e appalto. La giurisdizione esclusiva amministrativa è ora limitata alla sola fase di affidamento	618
9.	L'ambito di applicazione sostanziale dell'evidenza pubblica e la giurisdizione esclusiva amministrativa. La dilatazione delle procedure amministrative e l'evoluzione della nozione di soggetto pubblico	624
10.	La giurisdizione esclusiva nei settori speciali. La natura giuridica delle stazioni appaltanti. Gli organismi di diritto pubblico e le imprese pubbliche: le nozioni di contratti "estranei, esclusi, esenti" dall'applicazione delle regole di evidenza pubblica	626
11.	L'individuazione analitica dei contratti dei soggetti operanti nei settori speciali sottratti all'applicazione del codice: il caso dei lavori di manutenzione e ristrutturazione dei punti vendita costituenti la rete commerciale ENI. La necessaria	

distinzione tra la figura soggettiva dell'impresa pubblica e quella dell'organismo di diritto pubblico	628
12. I recenti dubbi del TAR Lazio sulla delimitazione della figura dell'organismo di diritto pubblico	635
13. Le controversie riguardanti la procedura di scelta del socio. La delimitazione della giurisdizione amministrativa alla sola fase di evidenza pubblica. Le questioni societarie "pure" e gli strumenti del diritto privato	638
14. La giurisdizione amministrativa e la giurisdizione ordinaria nelle controversie riguardanti la fase di esecuzione del contratto	641
15. La giurisdizione ordinaria e le questioni relative alla fase esecutiva. Le controversie riguardanti gli inadempimenti dell'appaltatore. L'interpretazione e l'applicazione della clausola risolutiva espressa	643
16. Il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo e il discrimine temporale della stipulazione del contratto	645
17. La giurisdizione esclusiva amministrativa sulle controversie riguardanti l'esecuzione anticipata delle prestazioni, prima della formale stipulazione	647
18. I confini della giurisdizione amministrativa esclusiva nella fase compresa tra l'aggiudicazione e la stipulazione. Il rifiuto di stipulare il contratto. L'esecuzione d'urgenza nelle more della stipulazione del contratto	649
19. La giurisdizione esclusiva amministrativa sulle controversie concernenti la rinegoziazione del prezzo con l'affidatario dell'appalto dopo l'aggiudicazione	651
20. Le questioni relative alla proroga della durata del contratto di appalto	652
21. L'escussione della cauzione a garanzia dell'adempimento delle obbligazioni contrattuali: giurisdizione ordinaria	653
22. La giurisdizione ordinaria sulle clausole contrattuali previste nei capitolati speciali	655
23. I momenti pubblicistici nella fase di esecuzione del contratto: la problematica rilevanza degli interessi legittimi dell'appaltatore e la giurisdizione amministrativa secondo i generali criteri di riparto	657
24. Il recesso della stazione appaltante conseguente ad informativa prefettizia: natura autoritativa dell'atto e giurisdizione amministrativa di legittimità	658
25. <i>Lo jus variandi</i> della stazione appaltante, la natura degli atti unilaterali e i confini della giurisdizione ordinaria: varianti, modifiche dell'oggetto del contratto, proroghe	660
26. L'ordine di sospensione dei lavori e la sua incerta natura giuridica. La prevalente tesi negoziale e la giurisdizione ordinaria. Gli ordini di servizio del direttore dei lavori	661
27. L'autorizzazione al subappalto e alla cessione di azienda: il carattere provvedimento dell'atto e la conseguente giurisdizione amministrativa	663
28. La giurisdizione amministrativa esclusiva sulle controversie riguardanti l'azione di responsabilità precontrattuale nei riguardi della stazione appaltante. Il caso paradigmatico della mancata stipulazione del contratto per carenza di risorse finanziarie	668
29. La giurisdizione ordinaria sulle controversie concernenti la pretesa responsabilità risarcitoria della stazione appaltante nei confronti dell'originario aggiudicatario, derivante da incolpevole affidamento sulla originaria legittimità della procedura, poi annullata in sede giurisdizionale	674

30. La domanda risarcitoria proposta dalla stazione appaltante nei confronti dell'appaltatore per comportamenti scorretti tenuti nella fase di affidamento: l'affermazione prevalente della giurisdizione ordinaria	676
31. La giurisdizione ordinaria sulle azioni risarcitorie proposte dagli operatori economici per l'accertamento della responsabilità personale dei funzionari e degli agenti della stazione appaltante. La giurisdizione ordinaria sulle azioni risarcitorie promosse da terzi nei confronti dell'appaltatore per danni derivanti dall'esecuzione dell'opera pubblica	683
32. I provvedimenti di autotutela della stazione appaltante, riferiti alla procedura di affidamento, ma adottati dopo la conclusione del contratto. L'autorizzazione della stazione appaltante alla stipulazione del contratto e gli atti di secondo grado su di essa incidenti	684
33. La revoca discrezionale dell'aggiudicazione per motivi di interesse pubblico. La differenza dall'annullamento d'ufficio per ragioni di legittimità	691
34. La giurisdizione esclusiva sulla revisione prezzi	692
35. La giurisdizione esclusiva amministrativa e sull'inefficacia del contratto. La questione della sorte del contratto in seguito all'autotutela della stazione appaltante. La sorte del contratto di società	696
36. La giurisdizione esclusiva e di merito sulle sanzioni alternative di cui all'art. 123 c.p.a.	704
37. L'ambito della giurisdizione amministrativa sugli atti dell'ANAC. L'evoluzione della disciplina; le diverse ipotesi di giurisdizione esclusiva e di giurisdizione generale di legittimità	704
38. I provvedimenti delle SOA: natura giuridica privata e rilevanza pubblicistica dell'attestazione. I persistenti dubbi sul riparto di giurisdizione: la prevalente tesi civilistica	707
39. I limiti della giurisdizione amministrativa e la cognizione <i>incidenter tantum</i> dei diritti soggettivi: i requisiti di partecipazione e il DURC	708
40. La giurisdizione esclusiva amministrativa sulla debenza del contributo unificato nel rito appalti, con particolare riferimento ai motivi aggiunti	712
41. Il problema dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa e il sindacato sulle valutazioni tecniche compiute dalla stazione appaltante nel corso delle procedure di affidamento	712

Capitolo 124

RITI PROCESSUALI

(Rosanna De Nictolis)

1. Inquadramento	719
2. <i>Ratio</i> ispiratrice del rito appalti. Caratteristiche del rito appalti e del rito superaccelerato su ammissioni ed esclusioni (quest'ultimo in vigore fino al 18 giugno 2019)	722
2.1. Profili generali	722
2.2. Il rito appalti	723
2.3. Il nuovo rito superaccelerato (in vigore fino al 18 giugno 2019)	724
2.3.a) Profili generali. Effetti della abrogazione del rito superaccelerato	724
2.3.b) Criticità	728
2.3.c) Ambito di applicazione	738
2.3.d) Decorrenza del termine di impugnazione	738
2.3.e) Tutela cautelare e <i>standstill</i> . Rinvio	741

2.3.f)	Motivi aggiunti	742
2.3.g)	Ricorso incidentale	742
2.3.h)	Rapporto tra rito speciale e superspeciale, conversione del rito	743
2.3.i)	L'appello	744
2.3.l)	Disciplina transitoria	744
3.	Affinità e differenze tra il rito appalti e il rito abbreviato comune	745
4.	L'ambito del rito appalti: il rito speciale e il rito superaccelerato	747
4.1.	Profili generali	747
4.2.	I pareri vincolanti dell'ANAC in sede di precontenzioso e il parere dell'ANAC che sollecita l'autotutela	749
4.3.	L'informativa antimafia	749
4.4.	Limiti al ricorso cumulativo nelle gare per lotti	750
5.	<i>Standstill</i> ed effetto sospensivo automatico. Rinvio	751
6.	Il regime della competenza. La scansione temporale dell'incidente sulla competenza	751
7.	I termini processuali e relativa decorrenza	754
7.1.	Quadro dei termini	754
7.2.	La proroga dei termini	758
7.3.	La decorrenza del termine per il ricorso principale	760
7.4.	La decorrenza del termine per i motivi aggiunti	762
7.5.	La decorrenza del termine per il ricorso incidentale	763
7.6.	I termini di ricorso in caso di mancata pubblicazione del bando di gara e di nullità del bando di gara	763
7.7.	I termini di ricorso in materia di revisione dei prezzi	764
8.	Forma del ricorso e sinteticità degli atti	765
9.	La tutela cautelare. Rinvio	772
10.	Il giudizio immediato e il giudizio abbreviato	773
11.	La pubblicazione del dispositivo	775
12.	La sentenza in forma semplificata e il termine di deposito	777
12.1.	Il termine di deposito della sentenza	777
12.2.	La sentenza in forma semplificata	779
13.	Disciplina dell'appello	780
14.	L'informativa all'ANAC in caso di violazione di norme sulla trasparenza	781
15.	L'ordine di esame di ricorso principale e incidentale	782
16.	La sanzione per lite temeraria	799
16.1.	I tre possibili effetti della temerarietà della lite	799
16.2.	La sanzione per lite temeraria e la sua misura	800
17.	Le norme processuali ulteriori per i contratti relativi alle infrastrutture strategiche, per le procedure di affidamento in caso di fallimento dell'esecutore o risoluzione del contratto per grave inadempimento dell'esecutore, per le procedure di progettazione, approvazione e realizzazione degli interventi individuati nel contratto istituzionale di sviluppo, per gli impianti sportivi pubblici di capienza superiore a 16.000 posti, per la ricostruzione del ponte di Genova	803
18.	Le discipline transitorie	805
19.	Il regime fiscale del rito appalti	807

Capitolo 125**TUTELA CAUTELARE E STANDSTILL**

(Giuseppe Severini)

1.	La novellazione dell'art. 120 c.p.a.	814
2.	Le disposizioni di rinvio o preesistenti	817
3.	La portata dell'innovazione legislativa	818
4.	Gli effetti di sistema processuale: la parziale oggettivizzazione della tutela cautelare	818
5.	<i>Segue</i> : la questione dei poteri cognitivi e valutativi del giudice cautelare	821
6.	La delega legislativa	822
7.	Il parere del Consiglio di Stato	822
8.	La successione delle norme nel tempo	823
9.	Le innovazioni: 1) il riferimento all'inefficacia del contratto per "violazione"	824
10.	Le innovazioni: 2) il riferimento alle "esigenze imperative connesse a un interesse generale all'esecuzione del contratto"	828
11.	<i>Segue</i> : i precedenti legislativi processuali	835
12.	Ripartizione e ordine di successione nel ragionamento del giudice cautelare	838
13.	Considerazioni di sintesi sulla nuova tutela cautelare del "rito appalti"	839
14.	Questioni in tema di termine dilatorio <i>ex lege</i> (<i>standstill period</i>)	841
15.	<i>Segue</i> : lo <i>standstill</i> sostanziale	844
16.	<i>Segue</i> : lo <i>standstill</i> processuale	847

Capitolo 126**EFFETTI DELLE DECISIONI GIURISDIZIONALI SUL CONTRATTO**

(Vincenzo Lopilato e Raffaele Tuccillo)

1.	Quadro generale	851
2.	Evoluzione normativa	852
3.	Diritto comunitario, diritto interno, tutela del mercato e categorie contrattuali	853
4.	Contratti pubblici, principio di legalità e interessi pubblici	855
5.	Evoluzione storica delle teorie sulla sorte del contratto in caso di annullamento dell'aggiudicazione	856
6.	Natura giuridica dell'inefficacia	859
6.1.	L'inefficacia come autonoma categoria giuridica	860
6.2.	Inefficacia automatica da contratto valido e rilevanza esterna degli interessi pubblici	866
7.	L'inefficacia come forma di nullità speciale. Rilevanza "interna" dell'interesse pubblico e "categoria" dei contratti pubblici	867
7.1.	<i>Segue</i> : natura del sindacato giudiziale e dubbi sull'ampiezza del "potere". Rapporto tra contratto e mercato nella prospettiva comunitaria	869
7.2.	La natura della inefficacia. Nullità speciale. Illiceità del contratto per violazione dell'ordine pubblico economico e nullità di disvalore	871
8.	Casi di inefficacia e variabilità contenutistica della sentenza	875
8.1.	Le gravi violazioni e le esigenze imperative connesse a un interesse generale	876
8.2.	Inefficacia del contratto negli altri casi	881
8.3.	Controversie relative a infrastrutture strategiche	882

9.	Dichiarazione di inefficacia del contratto e completamento dei lavori	883
10.	Regime dell'azione e disciplina dell'inefficacia	884
10.1.	Rilevabilità d'ufficio o istanza di parte	885
10.2.	Legittimazione ad agire	888
10.3.	Termini e ambito temporale di applicazione dell'azione	890
11.	Conclusioni	891

Capitolo 127

RISARCIMENTO DEL DANNO

(Aristide Police e Andrea Daidone)

1.	L'affermazione del principio di responsabilità	895
2.	L'intervento della Corte di cassazione sul risarcimento dell'interesse legittimo e della Corte costituzionale sulla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo	900
3.	Il risarcimento del danno nel settore dei contratti pubblici e la giurisdizione del giudice amministrativo	909
4.	Tutela in forma specifica e per equivalente: l'art. 124 c.p.a. e la risarcibilità del danno "subito e provato"	912
4.1.	Il cumulo di domande nella materia dei contratti pubblici	919
4.2.	La questione della pregiudizialità amministrativa, il concorso di colpa del danneggiato e il termine per proporre l'azione risarcitoria autonoma	922
5.	La natura della responsabilità e l'accertamento della colpevolezza alla luce della giurisprudenza europea	927
6.	La quantificazione del danno	931